

Primeiras implicações práticas da reforma e sua (ir)retroatividade

19/11/2021

Em texto recente [1], trouxemos apontamentos em favor da retroatividade positiva das mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/2021, que reformou sensivelmente a Lei de Improbidade. Sabidamente, esse já se revelava promissoramente um dos pontos mais delicados que emergiriam de modo mais imediato das profundas alterações empreendidas, prognóstico que não tardou a ser confirmado pela prática.



Com menos de um mês desde as mudanças, pulularam escritos

sobre a questão da retroatividade, inclusive com iniciativas institucionais pretendendo pautar o endereçamento do tema. Ilustrativamente, o Centro de Apoio ao Ministério Público Federal no Estado do Paraná [2] e a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República [3] teriam exarado orientações aos membros do órgão ministerial fornecendo subsídios contrários à retroatividade das normas benignas, se colhendo de nota técnica de autoria desse último órgão a seguinte passagem, emblemática:

"O princípio da retroatividade de norma mais benéfica (artigo 5º, inciso XL, e artigo 37, §4º da CF) aplica-se de forma diferenciada no campo do direito administrativo sancionador, que não busca primariamente a reprovabilidade de condutas ilícitas, sob a perspectiva retrospectiva, mas, ao contrário, constitui modelos normativos que tutelam bens jurídicos públicos (interesses públicos), de forma prospectiva, valorando em grau superior a prevenção, dissuasão e repressão de atos ilícitos, exigindo que a retroatividade seja disciplinada expressamente pela lei. 4.7. Demais disso, no campo da tutela da probidade administrativa, o artigo 37, §4º da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao

retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas (em sentido amplo), e, mesmo que lei nacional disponha sobre a retroatividade, é necessário juízo sobre a manutenção da conduta ilícita no ordenamento jurídico como atentado ao princípio da moralidade administrativa".



Guilherme Pupe
Advogado

Na esteira do excerto acima, o que se percebe, de maneira geral,

é que os argumentos têm sido no sentido de que o Direito Administrativo Sancionador não integra o Direito Penal, não sendo alcançado pela disposição constitucional de retroatividade da lei favorável ao réu, de modo que qualquer investida naquele sentido deveria se fazer acompanhar de previsão expressa.

Adicionalmente, numa espécie de *mens legis*, têm advogado os partidários da irretroatividade que não apenas o legislador reformista não teria feito incluir na reforma a retroatividade, como as discussões durante a tramitação revelariam que essa possibilidade teria sido cogitada e descartada.

Um terceiro argumento invocado, finalmente, é o de que existiria um direito fundamental à probidade administrativa a erigir viga mestra de um sistema de combate à corrupção afirmado e reafirmado pela Constituição Federal, impedindo que a retroatividade em improbidade funcionasse como uma espécie de retrocesso no enfrentamento de ilegalidades.

À partida, houve contraponto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionando diretrizes daquele jaez, indagando se ali não haveria algum embaraço a princípios caros ao Ministério Público como sua autonomia e a independência funcional de seus membros. [4] A despeito disso, no que concerne ao mérito em si dos argumentos, boa parte deles já previamente rebatidos em nosso texto anterior, não coadunamos a visão de um direito fundamental à probidade que funcionaria como óbice à retroatividade da lei benigna.

Isso porque, a par de não divisar tal "direito" no bloco de constitucionalidade, temos como certo que direitos fundamentais possuem como uma de suas principais faces uma proteção precisamente contra o Estado, do que deflui que seguramente maior hierarquia há de socorrer o direito (de retroatividade da lei menos gravosa) frente ao poder punitivo estatal que um pretense "direito" difuso que fundamente aquele punir. Em suma, se de direito fundamental a probidade não cuida, não há falar em vedação a retrocesso (racional que em verdade orienta a implementação em geral de direitos sociais) e nem que se possa, sob sua rubrica, flexibilizar direito fundamental diverso, de maior quilate (retroatividade da lei menos gravosa).

Seja como for, quiçá reverberando aquele racional, o Ministério Público do Estado do Paraná sustentou a irretroatividade da reforma em ação de improbidade na qual se buscou, sob o pálio das mudanças, o desbloqueio de bens (Processo nº 0000079-80.2019.8.16.0134). Entre as alegações, uma inovou ao trazer que, se o direito à probidade seria fundamental, as convenções de combate à corrupção subscritas pelo Brasil que o resguardassem versariam sobre direitos humanos, ao fim e ao cabo ostentando *status* supralegal a orientar a aplicação da Lei de Improbidade reformada. O juízo do feito, ao cabo, restou sensibilizado, indeferindo o desbloqueio ao fundamento adicional de em matéria processual (bloqueio cautelar) operaria a aplicação imediata da nova norma aos atos processuais pendentes, sem, contudo, retroação.

É certo que normas de cunho processual alcançam atos processuais futuros, preservados os anteriormente praticados. Igualmente certo, nada obstante, que tutelas provisórias, como é o caso da de evidência (no entendimento pré-reforma) ou de urgência cautelar (como é o caso pós-reforma) admitem modificação em seu curso, não induzindo preclusão *pro judicato*. De todo modo, estava ali lançado um exemplo concreto do efeito colateral capaz de ser produzido por um desvirtuamento da reforma.

Felizmente, todavia, temos percebido que, Brasil afora, as decisões em geral têm rumado outro curso. De modo a evidenciar nosso asserto, recorreremos primeiramente a decisão lapidar do juízo da 11ª Vara Federal de Curitiba, que admitiu a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 para reconhecer a ocorrência de prescrição intercorrente em ação por ato de improbidade administrativa que tramitou por mais de quatro anos sem que houvesse a superveniência de decisão condenatória (Processo nº 5003077-85.2012.4.04.7008/PR).

Em segundo grau, a seu turno, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento ocorrido na Apelação nº 1001594-31.2019.8.26.0369, buscou fundamento nas inovações da Lei nº 14.230/2021, aplicadas retroativamente em razão da disposição da nova redação do artigo 1º, §4º, da Lei nº 8.429/1992, para afastar a prática de ato de improbidade imputado a agente público por entender que sua conduta não estava imbuída de má-fé e ensejaria mera irregularidade.

Aresto semelhante foi prolatado pela 10ª Câmara Cível daquele mesmo tribunal nos autos da Apelação nº 1009601-46.2019.8.26.0099, rechaçando configuração de improbidade em razão da imprescindibilidade geral do dolo como consectário da reforma, de aplicação retroativa:

"Observe-se, por fim, que não há prova de dolo, elemento subjetivo essencial para a configuração da improbidade administrativa, conforme dispõe a Lei 8.429/92, com a redação dada pela Lei 14.230/2021, que comporta aplicação retroativa por seu caráter sancionatório e

por beneficiar o réu".

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não passou despercebido que, em diversos casos, o ministro Og Fernandes tenha reproduzido o mesmo pronunciamento lavrado no Recurso Especial nº 1.712.153/MG, em que, a fim de permitir o contraditório prévio às partes, oportunizou manifestação sobre possível aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021, particularmente no tange à prescrição:

"A Lei nº 14.230/2021 trouxe mudanças significativas procedimentais e materiais. Entre essas alterações, o legislador destacou a natureza sancionatória da Lei de Improbidade, o que implica a aplicação das garantias correlatas, inclusive, retroação do tratamento mais favorável ao réu, como pode acontecer em relação à prescrição (...)".

Noutro caso, em curso também perante a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator ministro Mauro Campbell, o subprocurador-geral da República Nicolao Dino apresentou substancial parecer no Recurso Especial nº 1.966.002, indicando que *"a persecução por ato de improbidade administrativa se insere no âmbito do Direito Sancionador e, por coerência sistêmica, a exemplo do que ocorre com os mecanismos de persecução penal, deve nortear-se pelo postulado da retroatividade da norma mais favorável ao réu, nos termos do artigo 5º, XL, da CF"*. Com isso, conclui a manifestação, aplicar-se-iam retroativamente os prazos estabelecidos pela Lei nº 14.230/2021 a fim de que fosse reconhecida a prescrição em caso no qual, pela redação original da Lei nº 8.429/1992, isso não seria possível.

Enfim, o saldo que colhemos dessas primeiras implicações práticas da reforma da Lei de Improbidade é de que, como esperado, resistências surgiram a que as mudanças por ela impressas surtisses todos os seus efeitos. Felizmente, nada obstante, o testemunho que nos dão a grande maioria dos pronunciamentos judiciais a seu respeito tem sido no sentido de verdadeiramente assimilar os novos paradigmas anunciados pelas alterações.

[1] <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/improbidade-debate-reforma-lei-improbidade-administrativa-retroatividade>.

[2] <https://patrimoniopublico.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=904>.

[3] <https://www.conjur.com.brhttps://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2021/11/oab-suspensao-orientacao-mpf-lei1-1.pdf> e <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>.

[4] <https://www.conjur.com.brhttps://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2021/11/oab-suspensao-orientacao-mpf-lei-1.pdf>.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-nov-19/improbidade-debate-primeiras-implicacoes-praticas-reforma-irretrotividade/>